Communiqués et discours

Discours

L'accès aux documents:
Développements, rebondissements et amendements

Me André Ouimet
* André Ouimet est secrétaire et directeur du service juridique de la Commission d'accès à l'information. Ses propos n'engagent que son auteur. Ils ne sauraient engager la Commission d'accès à l'information.

Introduction

Chaque personne a droit à l'information énonce la *Charte des droits et libertés de la personne*[1]. En adoptant cette disposition en 1975, le législateur québécois semble avoir été inspiré, à l'époque, par nos voisins américains qui avaient déjà adopté, dès 1966, le *Freedom of Information Act*[2] . Là s'arrête toutefois toute comparaison. Alors que le texte québécois prend des allures de déclaration, le texte américain quant à lui, est en fait une loi d'accès à l'information gouvernementale. En effet, la législation américaine est une pièce législative majeure qui, nous allons le voir, a transformé et continue de transformer les rapports entre l'État et les citoyens.

Au Québec, en raison justement de ce caractère déclaratoire, on peut dire, sans crainte de se tromper, que l'article 44 de la Charte a généré peu d'intérêt pendant plusieurs années. Cela s'explique notamment, comme nous allons le voir, par le fait que cette disposition est restée orpheline pendant quelques années puisqu'on y avait accolé une importante réserve, ce droit s'exerçant, précise la Charte, uniquement *dans la mesure prévue par la loi*. Voilà l'une des deux raisons majeures qui ont fait en sorte que cette disposition de la Charte a laissé la plupart des juristes à peu près indifférents malgré son caractère original et inusité[3].

Mais la première raison tient d'abord au fait que le droit à l'information est inclus, dans la Charte sous la rubrique *droits économiques et sociaux*. En conséquence, il ne bénéficie pas de la même reconnaissance que les droits énoncés aux articles 1 à 38 de la Charte. Ces derniers, par exemple le droit à la vie privée, jouissent d'une préséance sur l'ensemble des lois du Québec. Ce n'est pas le cas du droit à l'information. L'endroit où il se situe dans la Charte confère donc au droit à l'information un statut de droit fondamental mais en même temps, paradoxalement, un statut plus précaire. En effet, on peut y déroger sans avoir à invoquer une clause dérogatoire[4]. Nous y reviendrons.

Autre raison majeure, la mise en oeuvre de ce droit, mis à part quelques interventions spécifiques dans des secteurs donnés, ne s'est vraiment matérialisée que lors de l'adoption, par le législateur, en 1982, de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*[5].

Pourtant, le Québec est l'un des rares endroits au monde où l'on avait reconnu jusqu'alors, dans la loi fondamentale (la Charte a un statut de loi quasi-constitutionnelle)[6], le droit à l'information. Pour l'observateur attentif, cette absence

de reconnaissance expresse dans l'ensemble des pays démocratiques est étonnante. En effet, dans la mesure où le droit à l'information participe, comme nous le verrons, au fondement même de la démocratie, il est pour le moins surprenant, voire incongru de constater le silence de plusieurs constitutions et des lois fondamentales. Une étude de Privacy International, un organisme non-gouvernemental, démontre toutefois des changements prometteurs au moment où une quarantaine de pays reconnaissent ou sont en voie de reconnaître formellement ce droit[7].

Dans notre document, nous verrons comment le droit à l'information constitue un des piliers de la démocratie et nous examinerons le difficile équilibre requis pour assurer à la fois le droit à l'information, le droit à la vie privée et le droit pour une société d'assurer sa protection. Enfin, à la faveur de cette réflexion, nous nous pencherons sur des modifications qui pourraient être abordées dans le rapport quinquennal de la Commission. C'est en effet cette année que la Commission d'accès à l'information déposera un rapport quinquennal. Annoncé longtemps avant les évènements du 11 septembre 2001, le rapport de la Commission traitera nécessairement de deux sujets dont on a beaucoup parlé au cours des mois qui ont suivi les tristes incidents survenus aux États-Unis: le droit d'accès à l'information et à la protection de la vie privée.

- **Le droit à l'information participe à la transparence de l'état et des institutions**

Dans des études produites par la Banque mondiale, on constate que dans un contexte de globalisation et de mondialisation, non seulement les échanges entre les pays augmentent mais aussi que les décisions des uns affectent la vie des autres. De plus, face aux grands défis de notre époque, aux bouleversements que nous traversons: mondialisation, circulation accélérée des capitaux et des individus, menace à l'environnement, blanchiment d'argent et corruption, on évoque souvent le droit à l'information. Pourtant, depuis plusieurs années, constate David J. Mullan[8], les formes traditionnelles de responsabilité politique, telles les élections, ne sont pas une garantie suffisante de contrôle des citoyens sur ceux qui les gouvernent. Pour ce faire, les citoyens ont besoin d'accéder à une information fiable et valable, surtout depuis l'avènement d'internet. Elle leur permettra d'évaluer les actions des personnes qui les gouvernent et celles des organisations qui impriment orientation et direction à la société grâce aux impôts versés par ces mêmes citoyens.

D'autres, par ailleurs, rattachent transparence, droit à l'information et gouvernance. Ce dernier concept, aux contours encore un peu flous, est apparu au début des années quatre-vingts. Il assaisonne de plus en plus le discours des politiciens et, avec le concept de *société civile*, accompagne les discours sur la mondialisation et la globalisation des marchés. è moins d'être un expert, définir la gouvernance relève déjà de la témérité. En fait, un rapide survol de la littérature à ce sujet démontre qu'il y a autant de définitions de cette expression que d'auteurs consultés. Malgré cela, dans son acception plus courante, le mot est souvent employé comme synonyme de gestion efficace et participative. La *bonne gouvernance* est intimement liée au développement et à la paix et étroitement associée à la démocratie[9].

Or, selon la Banque mondiale, la transparence est une composante essentielle de la « bonne gouvernance »[10]. La transparence se caractérise d'abord par un environnement où les lois sont claires, faciles à comprendre et accessibles. Elle est aussi fortement liée à la liberté de presse qui permet la transmission de l'information nécessaire à la participation du public aux prises de décisions gouvernementales. Cette liberté de presse encourage la reddition des comptes par les fonctionnaires et les

politiciens et en corollaire décourage la corruption. Enfin, une presse libre contribue à mettre en lumière les pratiques incompatibles à l'éthique et à l'intégrité du gouvernement.

Dans le vaste secteur public, la transparence, qui se traduit notamment par l'accès à l'information, permet d'améliorer le processus de prise de décision en approfondissant le débat public, en favorisant la participation d'experts dans l'élaboration des politiques , ce qui peut aider à clarifier les politiques gouvernementales et en encourageant la société civile à s'impliquer dans le processus de prise de décision. En ce sens, elle aide donc au développement de programmes gouvernementaux mieux adaptés aux besoins des bénéficiaires en favorisant leur participation. En outre, la transparence augmente la nécessité des administrations publiques de rendre des comptes, ce qui contribue à maintenir la confiance de la population.

Comme le résume fort justement Donald C. Rowat[(11)], on ne peut demander des comptes si le public n'a pas une connaissance suffisante de ce qui se passe et on ne peut non plus espérer prendre part au processus décisionnel ni contribuer à l'établissement de politiques générales et des lois si ce processus est tenu secret.

De façon exceptionnelle, l'intérêt national oblige le gouvernement à retenir certaines informations, par exemple lorsque la sécurité publique l'impose. Toutefois, la bonne gouvernance repose en général sur la transparence dans les sphères économique et politique. La demande pour une plus grande transparence va probablement continuer à augmenter dans le futur. Dans ses recherches, Florini[(12)] indique que la globalisation et l'intensification des échanges entre les pays augmentent le besoin d'information. Elle indique aussi que la technologie, la démocratisation et le développement de la société civile militent aussi en faveur de l'augmentation de la demande pour une plus grande transparence.

D'une part, la technologie permet au volume d'information de circuler plus rapidement, et d'être utilisée à meilleur coût par plus de personnes. Elle réduit donc le coût de la transparence. D'autre part, la démocratisation et le développement de la société civile ont pour effet de susciter l'émergence de groupes parallèles organisés et de plus en plus interreliés qui font pression pour plus de transparence.

S'inscrivant dans cette mouvance moderne, le droit à l'information fait donc partie des bases constituant toute société démocratique.

- **Le droit à l'information : un droit fondamental**

Ce n'est donc pas un hasard si, de plus en plus, le droit à l'information se voit reconnu comme un droit fondamental par les législateurs et les tribunaux. Pourtant, au Québec, on l'a vu, sa localisation dans la Charte aurait pu en réduire la portée.

En effet, c'est sous le titre « Droits économiques et sociaux », qu'on retrouve le *droit à l'information*. En conséquence, nous l'avons dit, il ne bénéficie pas du statut de prépondérance, statut pourtant reconnu au *droit à la vie privée*. À ce titre, est-il pour autant un *parent pauvre de la Charte?*[(13)] Nous ne le croyons pas.

Toutefois, le législateur aurait tout avantage à reconnaître expressément le droit à l'information comme un droit fondamental au même titre que ceux inscrits aux articles 1 à 38 de la Charte. En effet, l'article 44 de la Charte assure à toute personne un droit à l'information « *dans les limites prévues par la loi* ». C'est cette disposition qui a servi

de fondement à l'adoption de la Loi sur l'accès. Pierre angulaire de la législation en matière d'accès aux documents, le législateur québécois a néanmoins reconnu dans d'autres lois, des droits d'accès à des documents détenus par des organismes gouvernementaux, municipaux, scolaires et du réseau de la santé. Dans certains cas, on y reconnaît même des droits à des documents d'entreprises privées.

Malheureusement, le droit à l'information, inscrit sous le titre « *Droits économiques et sociaux* » ne bénéficie pas du statut de prépondérance, l'article 52 de la Charte précisant que seuls les articles 1 à 38 jouissent d'un tel statut. À notre avis, cependant, l'adoption de plusieurs lois assurant l'accès aux documents, depuis l'avènement de la Charte, justifierait amplement le législateur à ramener le droit à l'information au rang du droit à la vie privée qui lui est reconnu à l'article 5 de la Charte. Cela serait conforme, du reste, au fait que la Loi sur l'accès est aussi une loi prépondérante. On pourrait alors parler d'une véritable reconnaissance du droit à l'information et des attributs qui l'accompagnent.

En dépit de l'absence d'une reconnaissance complète par le Québec et par le Canada du droit à l'information, c'est ce dernier que la Cour suprême a privilégié lorsqu'il fut confronté au droit à la vie privée. Il nous faut toutefois préciser qu'en vertu de la législation fédérale, la *Loi sur l'accès à l'information* a le même statut que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.[(14)]. Sans reconnaissance constitutionnelle expresse, elles sont néanmoins prépondérantes toutes les deux même si ni l'un ni l'autre des droits reconnus dans ces lois ne bénéficient d'une reconnaissance explicite dans la *Charte canadienne des droits et libertés*[(15)].

Pour bien comprendre le sens de notre propos, il nous faut revenir au jugement de la Cour suprême dans l'affaire Dagg[(16)]. Selon la formule consacrée, les faits de cette affaire sont relativement simples. Monsieur Dagg, a demandé accès aux feuilles de présences d'employés du ministère des Finances du Canada, dans les lieux de travail et durant les fins de semaines, feuilles de présences tenues à des fins de sécurité.

Les juges de la majorité partagent l'opinion du juge La Forest sur un point, soit celui du caractère public de certains renseignements précis concernant les membres de la fonction publique. Cependant, la majorité, qui s'exprime sous la plume du juge Cory, s'écarte de sa pensée sur le caractère public des renseignements en cause, soit la présence des employés, dans les lieux de travail la fin de semaine.[(17)]:

> *Le juge La Forest conclut, au paragraphe 94. que l'alinéa 3j) et le sous-alinéa 3j) (iii) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.*
>
> > *(...) ont pour objet d'exempter seulement les renseignements relatifs aux postes et non ceux concernant telle ou telle personne. Les renseignements relatifs au poste ne sont donc pas des « renseignements personnels », bien qu'ils puissent incidemment révéler quelque chose au sujet des personnes nommées. Par contre, les renseignements qui concernent principalement des personnes elles-mêmes ou la manière dont elles choisissent d'accomplir les téches qui leur sont confiées sont des « renseignements personnels ».*
>
> *Je suis d'accord. En outre, je conviens avec le juge La Forest qu'en général, les renseignements concernant le poste (...) sont du genre de ceux qu'on trouve dans la description de travail, telles que les conditions liées au poste,*

dont les qualités requises, les attributions, les responsabilités, les heures du travail et l'échelle de traitement (par. 95).

Toutefois, en appliquant ces considérations aux faits, il conclut que les renseignements demandés par l'appelant ne sont pas des renseignements concernant la nature d'un poste donné. C'est sur ce point que je diverge d'avis.

Le nombre d'heures passées au travail est généralement un renseignement portant sur le poste ou les fonctions de l'intéressé, et relève donc de la disposition liminaire de l'alinéa 3j). Il est sûrement vrai que des employés peuvent parfois se trouver au travail pour des raisons qui n'ont rien à voir avec leur emploi. Néanmoins, je suis prêt à déduire qu'en règle générale les employés ne restent au travail tard dans la soirée ou ne s'y rendent pendant la fin de semaine que si leur emploi l'exige. Normalement, on ne saurait considérer le lieu de travail comme un centre de divertissement ou comme un endroit où on fait la fête. Les feuilles de présences fournissent donc des renseignements qui permettraient, à tout le moins, de se faire une idée générale de la quantité de travail requise relativement au poste ou aux fonctions d'un employé donné.

Pour la même raison, les renseignements consignés sur les feuilles de présences portent sur les attributions du poste (du cadre ou de l'employé) et relèvent de l'exception particulière du sous-alinéa 3j)(iii) de la Loi sur la protection des renseignements personnels.

Quoiqu'il se puisse que ces renseignements ne révèlent rien au sujet de la nature des attributions du poste, ils donnent une indication générale de leur étendue. En général, plus le volume de travail exigé de l'employé est grand, plus il doit passer d'heures au travail pour s'acquitter des attributions de son poste. Rien au sous-alinéa 3j)(iii) de la loi n'indique que les renseignements doivent concerner les attributions au sens qualitatif plutôt que quantitatif.

Selon moi, une distinction peut être faite d'avec les motifs de jugement de la Cour fédérale dans Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Solliciteur général), (1988) 3 C.F. 551 (1re inst.) (ci-après Commissaire à l'information), et dans Rubin c. Greffier du Conseil privé (Can.) (1993), 62 F.T.R. 287 (ci-après Rubin).

Dans Commissaire à l'information, le juge en chef adjoint Jerome a conclu que certaines opinions exprimées au sujet de la formation, de la personnalité, de l'expérience ou de la compétence de certains employés ne relevaient pas des exceptions prévues à l'alinéa 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels. En interprétant ces exceptions particulières, il fait observer que, outre le sous-alinéa 3j)(v) (les idées et opinions personnelles exprimées par une personne au cours de son emploi), chacune constitue un exemple qui repose sur des faits objectifs. Selon le juge en chef adjoint Jerome, à la page 558:

> *Rien n'indique qu'on ait eu l'intention de rendre publiques les évaluations qualitatives du rendement d'un employé. En effet, il serait tout à fait injuste que les détails de la prestation de travail de l'employé soient considérés comme des renseignements publics pour*

la simple raison que la personne est une employée de l'État.

À mon avis, il n'y a aucun aspect subjectif ni aucun élément d'évaluation dans une feuille de présences d'une personne au lieu de travail en dehors des heures normales de travail. Cette feuille donne plutôt des renseignements génériques sur le poste lui-même.

Dans Rubin, il a été jugé que, bien que l'échelle de traitement d'un poste relève du sous-alinéa 3j)(iii) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, ce n'est pas le cas du salaire réel touché par l'employé qui occupe le poste en question. Cependant, à l'opposé des renseignements consignés sur les feuilles de présences, le salaire réel d'une personne ne révèle rien qui soit propre à son poste. Au contraire, ces renseignements concernent l'employé lui-même.

Ma conclusion que les noms figurant sur les feuilles de présences relèvent de la disposition liminaire de l'alinéa 3j) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, ou subsidiairement, du sous-alinéa 3j)(iii) de cette loi, suffit pour trancher le pourvoi. Il s'ensuit que les renseignements en question doivent être communiqués[18].

Cette opinion, partagée par la majorité, détonne des propos du juge La Forest qui, dans son opinion dissidente fouillée, expose que les renseignements personnels auront un caractère public seulement s'ils sont relatifs aux postes occupés par les employés:

Il est question, en l'espèce, d'un conflit entre deux principes opposés consacrés par la Loi sur l'accès à l'information et la protection des renseignements personnels.
(...)
Somme toute, il est clair que la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels sont égales entre elles et que les tribunaux doivent tenir compte des objets des deux lois pour décider si les renseignements contenus dans un document de l'administration fédérale sont des renseignements personnels. Certains auteurs ont affirmé que ce modèle d'interprétation « parallèle » accorde trop de latitude aux juges et a mené à l'incohérence et à la contradiction dans la jurisprudence. Voir, par exemple, Tom Onyshko, "The Federal Court and the Access to Information Act" (1993), 22 R.D. Man. 73, à la p. 106. Il y est dit qu'il y a lieu de considérer que les deux lois sont distinctes sur le plan conceptuel et que le droit d'accès doit être la préoccupation première sous le régime de la loi en matière d'accès à l'information.

Comme je l'ai indiqué, cependant, cette interprétation est contraire au texte, à la structure et à l'historique de ces lois.
(...)

La loi en matière d'accès à l'information a donc pour objet général de favoriser la démocratie, ce qu'elle fait de deux manières connexes. Elle aide à garantir, en premier lieu, que les citoyens possèdent l'information nécessaire pour participer utilement au processus démocratique et, en second lieu, que les politiciens et bureaucrates demeurent comptables envers l'ensemble de la

population.
...)

L'objectif de la Loi sur la protection des renseignements personnels est double, comme l'indique son article 2. Elle vise, en premier lieu, à (protéger) les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, en second lieu, à assurer le « droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent ». Le présent pourvoi a trait, bien entendu, au premier de ces objectifs.

La protection de la vie privée est une valeur fondamentale des États démocratiques modernes[19].
(...)

Au terme de son analyse de la définition de « *renseignements personnels* », le juge La Forest conclut que les renseignements demandés ne sont pas publics.

L'opinion de la majorité (5-4) favorise plutôt l'accessibilité des renseignements demandés. Fallait-il meilleure démonstration pour conclure à l'importance accordée par le plus haut tribunal du pays à l'accès à l'information comme valeur démocratique. Comme le souligne le juge Laforest, pourtant principal architecte des décisions du plus haut tribunal du pays en matière de vie privée:

Comme nous l'avons vu, selon le par. 2(1) de la Loi sur l'accès à l'information, cette loi a notamment pour objet de donner « accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication ». (...)[20]

Pour sa part, à sa première prestation en qualité de présidente de la Commission d'accès à l'information, madame Stoddart a fort bien campé le sens de cette valeur et son positionnement dans la hiérarchie des droits:

Par ailleurs, nous avons accepté depuis longtemps d'être guidés, comme société, par la règle de droit, ce qui implique la reconnaissance et la mise en vigueur des droits des uns et des autres en fonction de règles définies préalablement. Toutefois, le contenu exact de ces droits et les conditions de leur mise en oeuvre sont déterminés par notre perception du contexte dans lequel ils s'appliquent. Et cette perception à son tour est basée sur les informations que nous détenons sur nous-mêmes et sur les autres. C'est pourquoi, dans cet univers, on considère de plus en plus que l'exercice du droit à l'accès peut être considéré comme un droit fondamental, droit qui s'exerce avant de songer à faire valoir d'autres droits dans l'exercice des parts de la possession de l'information appropriée. Dans la hiérarchie des droits, on pourrait considérer le droit à l'information comme un droit qui s'exerce de façon préalable à l'exercice des autres droits dont nous sommes investis.

Par exemple, tout le monde est titulaire du droit de la santé, de la sécurité et de l'intégrité physique, psychologique. Ce sont des droits consacrés dans la Charte des droits et libertés du Québec. Cependant, pour protéger et faire valoir ces droits, il nous faut de l'information, par exemple, sur les dangers que peuvent représenter notre environnement. Si nous sommes sis à côté d'un danger qui menace notre santé ou notre intégrité et nous ne sommes pas conscients de ce danger, nous ne pouvons même pas commencer, nous ne sommes pas en mesure de faire valoir nos droits. Il y a une foule d'exemples comme ça qui existent, qui illustrent à quel point le droit à l'information est un droit qui précède l'exercice d'autres droits. **(21)**.

Cet énoncé rejoint l'hypothèse bien établie voulant que les démocraties sont mieux servies quand les citoyens sont informés et qu'ils font preuve d'intérêt et d'engagement à l'égard de la vie publique. C'est cette réalité que rappelle le professeur Nevitte de l'Université de Toronto dans un rapport pour le Groupe d'étude de l'accès à l'information du gouvernement canadien**(22)**.

- **Une valeur à conserver même en temps de crise**

Depuis le 11 septembre, c'est un euphémisme de dire que le monde a changé. Inspiré au plus haut niveau par une logique manichéenne, d'aucuns tentent de faire croire qu'il faut désormais choisir entre la sécurité et la liberté. Procédant de cette logique, au lendemain des évènements du 11 septembre, dans plusieurs pays du monde, des actions ont été prises. Par exemple, rapidement, le gouvernement américain, pourtant habitué à une grande transparence via les sites Internet des agences gouvernementales, a aussitôt révisé certains sites qui permettaient l'accès à de l'information stratégique. C'était le cas par exemple, de la Nuclear Regulatory Commission.**(23)**. Mais les réactions les plus spectaculaires sont venues des législateurs. Des légistes de plusieurs pays se sont mis à l'oeuvre. L'adoption de lois très sévères se voulant alors une réponse des états aux attentats terroristes. En réponse et tout aussi rapidement, des voix se sont élevées pour rappeler la nécessaire prudence qui devait guider en ces matières et surtout les dangers de combattre le terrorisme par l'injustice. C'est ainsi que dès le 13 septembre, Michael Ignatieff, un Canadien, professeur à Harvard, soulignait que le sentiment de vulnérabilité mène souvent des nations fortes à adopter des mesures autodestructrices et à poser des actes qui conduisent à l'injustice. Dans cet article paru dans le Financial Times, Ignatieff évoquait même les propos de Benjamin Franklin qui, en 1759, rappelait que ceux qui sacrifient des libertés fondamentales pour s'assurer temporairement un peu de sécurité ne contribuent ni à la liberté ni à la sécurité**(24)**.

Au Canada, les propos mesurées des uns et des autres n'ont pas empêché le gouvernement fédéral de saisir la Chambre des communes et le Sénat de projets qui, aux yeux des défenseurs des libertés fondamentales, portaient atteintes notamment au droit à la vie privée des citoyens et au droit à l'information**(25)**.

Le principal projet de loi est maintenant devenu loi. Sur certains points, suite notamment aux interventions des commissaires à l'information et à la vie privée et du Barreau du Québec, ce projet a été revu et corrigé. Néanmoins, des dispositions ont été introduites pour éviter que certains documents ne deviennent publics. Celles-ci ayant pour effet éventuellement de soustraire à l'accès certains documents et même, pire encore, d'empêcher le Commissaire à l'information de voir des documents pour en

décider de leur accessibilité[26]. Ainsi, s'est retrouvé dans la *Loi antiterroriste* les textes suivants:

> *37. (1) Sous réserve des articles 38 à 38.16, tout ministre fédéral ou tout fonctionnaire peut s'opposer à la divulgation de renseignements auprès d'un tribunal, d'un organisme ou d'une personne ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements, en attestant verbalement ou par écrit devant eux que, pour des raisons d'intérêt public déterminées, ces renseignements ne devraient pas être divulgués.*
> *(...)*
> *38.13 (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère au sens du paragraphe 2(1) de la Loi sur la protection de l'information ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales.*
> *(...)*
> *87. La Loi sur l'accès à l'information est modifiée par adjonction, après l'article 69, de ce qui suit:*
>
> *69.1 91) Dans le cas où a été délivré au titre de l'article 38.13 de la Loi sur la preuve au Canada un certificat interdisant la divulgation de renseignements contenus dans un document avant le dépôt d'une plainte au titre de la présente loi à l'égard d'une demande de communication de ces renseignements, la présente loi ne s'applique pas à ces renseignements.*
>
> *(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, dans le cas où a été délivré au titre de l'article 38.13 de la Loi sur la preuve au Canada un certificat interdisant la divulgation de renseignements contenus dans un document après le dépôt d'une plainte au titre de la présente loi relativement à une demande de communication de ces renseignements:*
>
> *a) toutes les procédures notamment une enquête, un appel ou une révision judiciaire prévues par la présente loi portant sur la plainte sont interrompues;*
> *b) le Commissaire à l'information ne peut divulguer les renseignements et prend les précautions nécessaires pour empêcher leur divulgation;*
> *c) le Commissaire à l'information renvoie les renseignements au responsable de l'institution fédérale dont relève le document dans les dix jours suivant la publication du certificat dans la Gazette du Canada. ()*[27]

Réagissant au projet de loi au moment de son étude devant le Sénat canadien, le Commissaire à l'information du Canada tenait les propos suivants:

> *(...) les modifications qui ont été apportées à ces articles du projet de loi confèrent à la procureure générale le pouvoir de mettre fin à toute enquête du commissaire à l'information. Un tel pouvoir, sur un haut fonctionnaire du Parlement, n'a jamais été conféré au gouvernement, pour des motifs évidents. L'autonomie d'un haut fonctionnaire du Parlement serait compromise si un gouvernement pouvait ç comme cela s'est produit dans le cas de la commission d'enquête sur la Somalie ç mettre fin à son gré à ses*

enquêtes.

Et pourtant, c'est là le pouvoir que les dispositions modifiées des articles 43 et 87 du projet de loi C-36 conféreraient à la procureure générale. Il s'agit là d'un malheureux précédent : premièrement, selon la version modifiée du projet d'article 38.13 de la ***Loi sur la preuve au Canada****, la procureure générale est autorisée à délivrer un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une « instance » (y compris une enquête sur une plainte par le commissaire à l'information) après la prise d'une ordonnance qui entraînerait la « divulgation des renseignements ». Faute d'une réserve, par exemple, la « divulgation au public ou à un membre du public », la procureure générale aurait tout loisir de délivrer un certificat en vertu de l'article 38.13 pour se soustraire à une ordonnance de produire des documents prise par le commissaire à l'information dans le cadre d'une enquête.*
(...)
Il est crucial, dans les circonstances, que le projet d'article 38.13 de la ***Loi sur la preuve au Canada*** *soit encore modifié de manière à préciser que le certificat peut être délivré uniquement après qu'une ordonnance ou une décision qui entraînerait la divulgation «* ***au public ou à un membre du public*** *» des renseignements assujettis au certificat ait été rendue.*
J'estime qu'il est crucial d'apporter cette modification à cause des conséquences qu'un certificat aurait, selon les modifications, sur le rôle du commissaire à l'information du fait de la proposition de modifier la ***Loi sur l'accès à l'information*** *en y ajoutant l'article 69.1.*
Le projet d'article 69.1 a été modifié de manière extrêmement troublante depuis que le projet de loi C-36 a été soumis à l'étude préalable de votre comité. Il porte maintenant que, dans le cas où a été délivré un certificat avant ou après le dépôt d'une plainte au commissaire à l'information, toutes les procédures sont interrompues. Cette ingérence dans les droits de révision autonome conférés aux Canadiens en vertu de la ***Loi sur l'accès à l'information*** *est trop générale et injustifiable ç même selon les propres critères de la ministre. Pourquoi l'enquête du commissaire devrait-elle être empêchée ou interrompue quand elle ne peut aboutir à rien de plus qu'une recommandation de divulgation? Pourquoi tous les aspects de l'enquête en cours devraient-ils être interrompus, y compris ceux qui ont trait aux exemptions qui auraient pu s'appliquer aux renseignements autres que ceux qui sont visés par le certificat?*
(...)
Le projet d'alinéa 69.1(1) de la ***Loi sur l'accès à l'information*** *devrait être modifié afin de relever seulement les parties de la Loi lesquelles sont liées au recours en révision et celles résultent dans la divulgation du document qui est protégé par un certificat utilisé sous l'article* 38.13 de la **Loi sur la preuve au Canada**. Ainsi, le projet d'alinéa 69.1(2) devrait être modifié de manière à éviter toute interruption des enquêtes des Commissaires.
(...)

L'adoption de ces dispositions contrastent avec le climat qui prévalait avant le 11 septembre 2001. En effet, dès son entrée en fonction, la présidente de la Commission, madame Stoddart avait déclaré toute l'importance qu'elle accordait à l'accès à l'information gouvernementale et elle annonçait du même souffle que le prochain rapport quinquennal de la Commission allait porter sur cette importante question qui n'avait toujours pas fait l'objet d'une révision en profondeur depuis son adoption en

1982.

> *Un citoyen ou une citoyenne bien informé participe aux grands débats de la société dans laquelle il ou elle vit et un citoyen ou une citoyenne bien informé fait valoir ses droits on est tous d'accord. En cela, il me faut reconnaître l'apport remarquable de la Loi sur l'accès au parachèvement des règles juridiques qui assurent aux citoyens et citoyennes du Québec un droit à l'information. À n'en point douter, j'y vois là un signe indéniable de la santé de notre démocratie et de la maturité acquise au fil des ans.*
>
> *Cependant, 20 ans après l'adoption de la loi, il m'apparaît nécessaire de prendre la mesure de notre développement à cet égard: A-t-on atteint les objectifs que visait le législateur en 1982 lorsque, dans une rare unanimité, les députés votaient la Loi sur l'accès? Comment la loi est-elle utilisée? Les citoyens en sont-ils satisfaits? D'autres sociétés ont-elles progressé différemment? Quelles leçons en tirer? Quelles améliorations y apporter? Voilà, lancées en vrac, quelques questions qui animent mes pensées. Pour y répondre, réflexion et analyse s'imposent (...).*
>
> *Durant mon mandat comme présidente, j'entends engager cette réflexion avec mes collaborateurs afin de vous présenter, en 2002, un rapport quinquennal, c'est le prochain rapport quinquennal, portant, notamment, sur ces importantes questions*[(28)].

Ces propos coïncidaient avec le vent d'ouverture qui semblait souffler sur la planète. D'aucuns voulaient que riment démocratie, globalisation, mondialisation et transparence. Au Sommet des Amériques de Québec en avril 2001 ne parlait-on pas de transparence quand, dans une rare unanimité, tous réclamaient les textes avant le début de la conférence[(29)].

> *Se disant sensible aux arguments des citoyens, M. Pettigrew avait réussi, au début d'avril, à Buenos Aires, à rallier tous ses homologues des Amériques à un accroissement « de la transparence du processus de la ZLEA ». Il avait alors obtenu leur accord pour publier l'ébauche des textes consolidés de négociation. Les ministres des 34 pays prenant part à la ZLEA avaient toutefois fait de la traduction dans les quatre langues une condition à la publication des textes.*
>
> *Les documents n'ont donc pas été disponibles avant la tenue du Sommet de Québec, à la fin d'avril, à la grande déception des divers groupes de la société civile, qui les réclament parce qu'ils en ont assez des accords commerciaux internationaux négociés derrière des portes closes.*

De leur côté, depuis quelque temps, les Américains réitéraient, par la voix de leur président la nécessaire transparence de l'état, sans même que le citoyen n'ait à demander accès à un document[(30)]. Outre-atlantique, même effervescence quand, après des années d'études et de discussions, le Royaume-Uni adoptait une loi d'accès à l'information[(31)]. Tout à coup11 septembre 2001 le monde bascule. Le nécessaire besoin de sécurité relègue au second rang les préoccupations d'ouverture et de transparence, de même que celles relatives à la vie privée. L'enthousiasme qu'on voyait

poindre cède la place à l'inquiétude. Les titres sont évocateurs. *Ombudsman accuses Government of secrecy* titre The Independent. Report de l'entrée en vigueur du Freedom of Information Act en 2005 au Royaume-Uni, révision des sites internet aux États-Unis, adoption de lois plus restrictives en matières d'accès à l'information. *Last summer, everything was geared to privacy* observe une avocate américaine, *you saw a movement in Congress toward privacy. Now, you see it going back the other way for the sake our country's security since September 11*. C'est dans un tel contexte international que la Commission doit produire un rapport sur l'accès à l'information.

L'accès à l'information : des pistes à explorer, des sentiers à baliser

D'emblée, il faut rappeler le besoin pour une société de se protéger. Nul ne saurait mettre en cause un tel besoin. C'est au difficile équilibre entre ce besoin pour une société de se protéger et les droits fondamentaux des individus qui la composent que nous sommes confrontés. La recette miracle n'existe pas. Nous sommes condamnés à inventer des façons de faire qui auraient l'avantage de permettre aux citoyens de participer aux grands débats de la société tout en assurant la sécurité de cette dernière. La préoccupation n'est pas nouvelle. Les propos du président Johnson le 4 juillet 1966, au moment de la signature de la loi d'accès à l'information, sont toujours d'actualité:

> *A democracy works best when the people have all the information that the security of the Nation permits.*

C'est donc de ce côté qu'il faut aller pour y puiser, malgré certaines lacunes, il faut le signaler, des idées intéressantes pour le prochain rapport quinquennal de la Commission. Avant d'en épingler une en particulier, une mise au point s'impose. Il y a aux États-Unis une législation fédérale et différentes lois dans les états. Lorsque l'on fait référence au *Freedom of Information Act*, c'est la loi fédérale que nous évoquons. Ceci étant, la loi américaine présente l'avantage, malgré le renforcement de certaines restrictions sous l'administration Reagan[(32)], de permettre au citoyen d'être informé de certaines actions de son gouvernement, sans même qu'il le demande. Or, dans l'application de cette loi, le gouvernement américain a appliqué ce qu'il est convenu d'appeler l'*automatic routine disclosure* malgré les admonestations de l'Attorney General qui, en 1987, tançant les législateurs, précisait sur le ton moralisateur de l'époque:

> *In 1966, when first acting to reverse a history of routine government nondisclosure, Congress sought to answer this question through broad exemptions and procedural requirements designed to preserve legitimate governmental interests in the face of the new general disclosure policy. Several years later, in the wake of the "WATERGATE AFFAIR" , Congress decided to alter the course of government disclosure policy through a series of "liberalizing" FOIA amendments (...) But in its reaction to the perceived need for greater disclosure, Congress overcorrected through those FOIA amendments and seriously impaired the ability of federal law enforcement agencies to perform their crucial mission of protecting our citizenry.*

Cet épisode, rappelleront les historiens, se situe dans le contexte de l'adoption, au même moment, de lois très sévères de lutte à la drogue. Or, aux yeux de certains, les barons de la drogue profitaient des largesses de la législation sur l'accès à l'information qui empêchait les agences gouvernementales de soustraire à l'accès des renseignements particulièrement sensibles.

Cependant, dès 1993, dans un mémorandum transmis à tous les dirigeants des départements et des agences américaines, le président Clinton rappelait plutôt la position traditionnelle des Américains en matière d'accès à l'information:

> *Further, I remind agencies that our commitment to openness requires more than merely responding to requests from the public. each agency has the responsability to distribute information on its own initiative, and to enhance public access through the use of electronic information systems. Taking these steps will ensure compliance with both the letter and the spirit of the Act*[33].

Ces propos allaient trouver écho au Canada. La Commissaire de l'Ontario a d'abord pris l'initiative dans un document d'orientation intitulé : *Opening the window to government : how e-RD/AD promotes transparency, accountability and good governance*[34]. Encore à l'état de projet, cette initiative témoigne quand même de l'arrivée, au Canada, de l'expérience américaine.

De son côté, à peu près au même moment, le Commissaire fédéral requiert des modifications substantielles à la Loi sur l'accès à l'information. Plus ciblée, sa recommandation moins audacieuse aurait pour conséquence, si elle était suivie, d'obliger le gouvernement à communiquer de façon systématique des renseignements qui décrivent les organisations, les activités, les programmes, les réunions et le système de gestion des fonds de renseignements, ainsi que les renseignements qui indiquent au public comment accéder à ces ressources documentaires[35].

Au Canada cependant, la proposition la plus avant-gardiste à ce sujet provient de deux chercheurs de l'Université d'Ottawa qui, dans le cadre d'une étude réalisée pour le Groupe d'étude fédéral de l'accès à l'information, ont proposé ce qui suit :

> *Ce premier principe en, matière de droit d'accès à l'information devrait également être accompagné d'une politique explicite et plus vaste sur l'information ou s'inscrire dans cette politique. Cette politique viserait activement à rendre l'information du gouvernement aussi facilement et largement accessible que possible sans avoir à recourir aux procédures d'accès à l'information. La vaste diffusion passive de l'information au moyen des technologies de l'information telle que le web devrait faire partie d'une politique de divulgation sans formalité de l'information détenue par le gouvernement*[36].

Le chemin est-il tracé pour que le Québec se lance, à son tour, dans cette voie ? Voilà un défi auxquelles nous convient citoyens et technologies modernes. Le prochain rapport quinquennal de la Commission d'accès à l'information devrait éclairer nos débats sur cette question.

Autre piste à explorer, plus délicate encore. C'est toute la question de la judiciarisation du système québécois d'accès à l'information. À l'heure actuelle, une décision du responsable refusant l'accès à un document peut être révisée à la demande de la personne qui l'a demandé. Aussitôt s'enclenche une procédure quasi-judiciaire sans précédent dans toutes les autres juridictions. Aux États-Unis, c'est à un tribunal que le citoyen frustré de l'accès à document doit s'adresser. Au Canada, le Commissaire a un pouvoir de recommandation. En cas d'échec, le dossier peut être acheminé, devant la Cour fédérale, par le bureau du Commissaire ou par le citoyen lui-même. Dans les autres provinces, c'est à un organisme semblable à la Commission québécoise qu'est confié le mandat de trancher le litige. L'expérience démontre, qu'à l'opposé du Québec l'audience est l'exception. Un observateur faisait remarquer qu'au Canada, ce n'est qu'au Québec qu'on procède selon un processus contradictoire, les parties face-à-face. Sans remettre en cause la légitimité du processus qui au demeurant assurent à tous le droit d'être entendu, il nous faut, me semble-t-il, comparer nos pratiques dans le respect des droits des personnes concernées et dans un souci d'efficacité que commandent de plus en plus les justiciables. Une révision de nos pratiques ne s'impose pas nécessairement mais uniquement si nécessaire. Des modifications à nos lois ne sont peut-être pas requises. Mais il est clair qu'une réflexion s'impose. Vos points de vue à cet égard seront accueillis avec joie.

Conclusion

Vingt ans après son adoption par l'Assemblée nationale, le temps apparaît propice à une réflexion sur l'accès à l'information gouvernementale. Depuis son entrée en vigueur, la Loi sur l'accès a subi peu de modifications. Dans un monde de plus en plus dominé par l'information, particulièrement les technologies de l'information, un temps d'arrêt s'impose. Il devrait permettre à tous citoyens, organismes, membres de l'Assemblée nationale de réfléchir et d'adapter nos lois aux réalités nouvelles et au besoin des citoyens.

1. *L.R.Q., c. C-11, art. 44 (ci-après citée « la Charte »).*
2. *5 U.S.C. 552.*
3. *Lucie GUIBAULT, « Pour une utilisation accrue et effective du droit fondamental à l'information: l'article 44 de la Charte des droits et libertés de la personne » (1992) 52 R. du B. 749.*
4. *Pierre BOSSET, « Les droits économiques et sociaux: parents pauvres de la Charte québécoise? » (1996) 75 R. du B. can. 583.*
5. *L.R.Q., c. A-2.1 (ci-après citée « Loi sur l'accès »).*
6. *À cet effet, voir notamment Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc., (1996) 2 R.C.S. 345.*
7. *David BANISAR, Freedom of Information and Access to Government around the world (2001),* ***http://www.privacyinternational.org/issues/foia****.*
8. *David J. MULLAN, "Access to information and Rule-making" , (1981) Freedom of Information: Canadian Perspectives 54.*
9. *Pierre de SENARCLENS, « Gouvernance et crise de mécanismes de régulation internationale » (1993) 156 Revue internationale des sciences sociales 95 et 96.*
10. *World Bank (1994), Governance: The World Bank's Experience, Development in practice, Washington, 65 p.*
11. *Donald C. ROWAT, "How much administrative secrecy?" (1965) 31 Can. J. of*

Econ. And Pol. Sci. 480.

12. *Ann FLORINI, "Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency" (1999),* ***http://www.worldbank.org/wbi/governance/wp-transparency.html*** .
13. *P. BOSSET, loc. cit., note 4.*
14. *Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), c. A-1; Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), c. P-21.*
15. *Danielle PARENT, « La reconnaissance et les limites du droit à la vie privée en droit québécois » (1994) D éveloppements récents en droit administratif 217 et 220.*
16. *Dagg c. Ministère des Finances, (1997) 2 R.C.S. 403.*
17. *L'alinéa 3j) et le sous-alinéa (iii) se lisent comme suit: (...) les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant: j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d'une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment: (...) iii) la classification, l'éventail des salaires et les attributions de son poste, (...).*
18. *Id., p. 413-415.*
19. *Id., p. 425, 431, 432, 433 et 434.*
20. *Id., p. 432.*
21. *Assemblée nationale, Commission parlementaire de la Culture, 1ère session, 36e législature, 24 octobre 2000.*
22. *Neil Nevitte, Information et démocratie (2001), http://www.atirf-geai.gc.ca/paper/citizen-f*
23. *Éric LESER, « L'administration retire du Web des informations sensibles », in Le Monde, 18 octobre 2001.*
24. *Michael IGNATIEFF, "Paying for security with liberty" , in Financial Times, 13 septembre 2001.*
25. *Plusieurs commissaires à l'information du Canada dont la présidente de la Commission d'accès à l'information du Québec ont dénoncé auprès de la ministre de la Justice du Canada et dans les médias, les atteintes aux droits fondamentaux contenues dans le projet de loi C-36. Voir notamment, dans le Devoir, « Le 11 septembre 2001, une journée gravée dans la mémoire: Entre la sécurité et la liberté », 8 novembre 2001; Le Barreau du Québec a lui aussi vivement réagi, voir: Barreau du Québec, « mémoire sur le projet de loi C-36, Loi modifiant le Code Criminel, la Loi sur les secrets officiels, la Loi sur la preuve au Canada, la Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et d'autres lois, et édictant des mesures à l'égard de l'enregistrement des organismes de bienfaisance, en vue de combattre le terrorisme », octobre 2001, p. 18.*
26. *C'est la même logique qui guidait la Commission d'accès à l'information lorsqu'elle a proposé au législateur lors de l'étude du projet de loi no 14, « Loi modifiant la Loi sur le ministère du Revenu et d'autres dispositions législatives relativement à la protection des renseignements confidentiels » de ne permettre la communication d'un renseignement fiscal d'un fonctionnaire du ministère du Revenu à un corps de police que sur ordre de la Cour.*
27. *Loi antiterroriste, L.C. 2001, c. 41.*
28. *Assemblée nationale, op. cit., note 21.*
29. *Hélène BUZZETTI, « ZLEA: Les textes seront bientôt disponibles », dans Le Devoir, 9 juin 2001.*
30. *William CLINTON, Memorandum for heads of departments and agencies,*

Freedom of Information Act, 4 octobre 1993.

31. *Freedom of Information Act, 2000, R.-U., c. 36.*
32. *Attorney General's memorandum on the 1986 amendments to the Freedom of Information Act, décembre 1987.*
33. *H. BUZZETTI, loc. cit., note 27.*
34. *Dans le document, on y définit la « routine disclosure » comme l'accès informel à des documents sans demande formelle au sens de la loi et « active dissemination » comme l'action de rendre publics des documents gouvernementaux sans aucune demande.*
35. *Commissaire à l'information du Canada, Rapport annuel 2000-2001, p. 75.*
36. *Luc JUILLET et Gilles PAQUET, Politique d'information et gouvernance, (2001), http://www.artirf-geai.g.ca/paper/citizen-f.*

Politique de confidentialité | Copyrights